

MANDADO DE SEGURANÇA : extensão do conceito do direito líquido e certo : discricionariedade : concessão e suspensão da execução da liminar : efeitos jurídicos*

JOSÉ DE CASTRO MEIRA*

Juiz do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Caro Desembargador Lazzarini, que preside este painel, caro professor Vicente Grecco Filho e meu estimado colega Hugo de Brito Machado. Primeiramente quero me congratular com a NDJ pelo êxito deste 4º Seminário Nacional de Direito Administrativo e quero agradecer particularmente ao Dr. Cerdônio Quadros a oportunidade de poder participar deste painel ao lado de tão eminentes figuras.

O mandado de segurança continua sendo, ao lado do *habeas corpus*, um dos mais importantes instrumentos do cidadão na defesa dos seus direitos. A doutrina não se cansa de retomar e reestudar esse tema. Muitos foram os livros publicados, a começar das magistrais monografias de Castro Nunes, trabalhos de Pontes de Miranda, de Celso Agrícola Barbi e, mais recentemente, após a Constituição de 1988, vendo-o sob nova roupagem, o trabalho desenvolvido pelo professor Vicente Grecco Filho, com suas obras *As Garantias Individuais* e *A Tutela Constitucional das Liberdades*; o professor Hugo de Brito Machado, com seu *Mandado de Segurança em Matéria Tributária*; professor Sérgio Ferraz, também com monografia sobre mandado de segurança; e, recentemente, a professora Lúcia Valle Figueiredo, com uma análise aprofundada sobre a jurisprudência dos tribunais a respeito da compreensão deste instituto. Acrescento também a valiosa colaboração do meu sempre mestre Calmon de Passos, que, com o seu *Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, "Habeas Data" e Mandado de Injunção*, trouxe uma enorme abertura para a compreensão de novas facetas deste instituto.

* Palestra proferida no 4º Seminário Nacional de Direito Administrativo, realizado em São Paulo - SP, nos dias 24 a 29.11.96, promovido pela Editora NDJ Ltda.bbb

Como bem disse o professor Vicente Grecco Filho, apesar de ter sofrido quanto à questão do formalismo processual, às vezes entendido de um modo exagerado, por outro lado os processualistas também contribuíram para enriquecer a doutrina do mandado de segurança.

Vou começar lembrando que o mandado de segurança na Constituição de 1988 foi tratado nos incs. LXIX e LXX do art. 5º, e no Capítulo Dos Direitos e Garantias Fundamentais o mandado de segurança não só em caráter individual, como também o mandado de segurança coletivo, titulando a possibilidade de impetração aos sindicatos e às associações constituídos há mais de um ano. Essa contribuição da nova Constituição é por demais importante porque veio ressaltar o papel das entidades sociais intermediárias, cuja importância já foi destacada por Alex de Tocqueville em sua obra *A Democracia na América*, ou, para lembrar uma contribuição mais recente, de Bobbio sobre o chamado associativismo voluntário.

Na presente abordagem vou procurar desenvolver alguns tópicos que têm sido analisados na minha atividade, na minha experiência de julgador. O primeiro ponto é quanto ao problema do prazo de impetração. Tem havido uma discordância na doutrina e até na jurisprudência a respeito da existência de prazo para essa impetração. Creio que a matéria deve ser encarada com um certo cuidado. Primeiro lugar, vamos verificar a natureza desse prazo. O professor Buzaid faz uma observação que me parece muito interessante quando acentua que o próprio Congresso, ao editar a lei, quis evitar discussão sobre isso ao acentuar o seu caráter instintivo; esse ponto, inclusive, é tocado na obra do professor Hugo Machado. Por outro lado, temos a posição do professor Sérgio Ferraz que entende que de nada valeria o instrumento do remédio constitucional se a lei ordinária pudesse limitá-lo. Outro argumento do professor é de que, tal como o *habeas corpus*, o mandado de segurança não está sujeito a prazo e, portanto, enquanto existir o bem da vida, caberá o mandado de segurança. Esse modo de entender já foi acolhido

pelo Tribunal Federal da 5ª Região, embora num julgado isolado. Creio que ao focar certos institutos jurídicos, temos que olhar também a chamada natureza das coisas, que às vezes a lógica formal é muito forte mas não resiste a uma análise diante da própria natureza do instituto. No caso seria de se lembrar que a lei não está excluindo a matéria do Poder Judiciário; o que a lei está fazendo é concedendo um prazo, e não se compreende que um titular de um direito dessa natureza deixe passar cento e vinte dias para só então resolver buscar proteção do Poder Judiciário.

Se realmente há uma necessidade do mandado de segurança, ele certamente tem um prazo; nesse prazo razoável pode-se buscá-lo. Cento e vinte dias é tempo necessário para qualquer um refletir se deve, se quer ou não ir à Justiça. É a aplicação da lógica do razoável.

Outro ponto é a questão da extensão do conceito de *direito líquido e certo*. Esse tema tem sido debatido longamente pela doutrina. Lembro a contribuição do meu prezado amigo Procurador Regional da República do Estado da Bahia, Dr. Arques Tourinho, em um trabalho profundo sobre a matéria, no qual chega à conclusão de que a expressão "direito líquido e certo" é a técnica. Ele parte da visão kelseniana, que repele a locução "direito líquido e certo" centrada com a nítida pretensão de cercear o alcance da garantia constitucional que violenta, então, a rígida interpretação da Teoria Geral do Direito, que não compactua com expressões metajurídicas. O professor Othon Sidou, que também se debruçou sobre essa matéria numa obra chamada *As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos segundo a Nova Constituição*, lembra que a locução na forma direito certo é incontestável, procede de uma época em que foi elaborada a teoria brasileira do *habeas corpus*, devida a Pedro Lessa, aproveitada por João Mangabeira, cujo anteprojeto menciona direito incontestado e ato manifestamente ilegal, adjetivos restritivos da mesma intensidade do direito líquido e certo aqui empregado. Quero ressaltar que Rui, o grande mestre de João Mangabeira, foi o grande responsável pela

criação da chamada teoria brasileira do *habeas corpus*. Lúcia Valle Figueiredo diz que o direito líquido e certo aparece em duas fases distintas do mandado de segurança: inicialmente, como condição da ação, é o direito líquido e certo ao lado das demais condições da ação, requisito de admissibilidade do mandado de segurança. É aquele momento dramático para o juiz a que referiu o professor Vicente Grecco Filho. É o momento em que ele vai examinar se concede ou não concede a liminar, quando vai examinar a presença da chamada plausibilidade da existência desse direito líquido e certo; num segundo momento, há então a cognição completa quando vai ser proferida a sentença. Quanto à questão da concessão da liminar nesse momento dramático, trago a manifestação do Supremo Tribunal Federal, do Ministro Celso de Mello, acompanhado pela maioria da Corte, em que ele diz: "A acumulação conceitual de direito líquido e certo que constitui requisito de cognoscibilidade da ação de mandado de segurança encerra, por isso mesmo, uma noção de conteúdo eminentemente processual, daí as conseqüências desse entendimento". A liminar, portanto, quando presentes os requisitos legais da plausibilidade do direito e do perigo de dano irreparável, é sempre direito subjetivo do impetrante. A Lei nº 191/36, que primeiro regulamentou o mandado de segurança, já previa em seu art. 8º, § 9º, que, evidenciada a relevância do fundamento do pedido e decorrendo do ato impugnado lesão grave e irreparável ao direito do impetrante, poderia o juiz mandar sobrestar ou suspender o ato. O Código de Processo Civil de 1939 incorporou ao seu texto o procedimento do mandado de segurança, e seu art. 334, § 2º, ampliou a previsão anterior pondo a alternativa da lesão grave ou irreparável. Por fim veio a Lei nº 1.533/51 e substituiu o antigo "poderá" por "ordenará" e o critério da lesão do direito do impetrante, para agasalhar o pressuposto ineficácia do ato. Então, a natureza cautelar da medida liminar é acentuada pela doutrina predominante, e nesse sentido vou lembrar rapidamente a lição de Celso Agrícola Barbi que é um clássico nessa matéria: "Ordenando a suspensão, terá o juiz antecipado em caráter provisório a providência que caberia à sentença final, e isso para

evitar o dano que decorria da natural demora na instrução do processo". Ora, toda medida provisória que tenha por fim evitar danos possíveis com a demora natural do processo tem a substância de medida cautelar. É figura incontestável, portanto, que a suspensão liminar no processo de mandado de segurança seja uma providência por medida cautelar. Nesse sentido também há magistério de Galeno Lacerda, Alfredo Buzaid, Pontes de Miranda, Amílcar de Castro, Arruda Alvim, para citar apenas estes. Mais recentemente, anoto manifestação de Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto no sentido de que se encontra a liminar no grupo das interlocutórias que podem ser alteradas pelo juiz sem provocação da parte, ou seja, sem que a parte recorra, pois, evidentemente, o pedido de reconsideração, expediente consagrado pela praxis, se de um lado não pode ser desconsiderado pelos estudiosos, de outro não pode ser elevado em nível de recurso e considerado como idônea e adequada provocação da parte. Fixada a natureza equivalente a de uma medida cautelar na medida liminar concebida no bojo do mandado de segurança, como faz a quase unanimidade da doutrina brasileira, por coerência deve-se afirmar aplicarem-se as sistemáticas criadas pela Lei nº 1.533/51 às normas atinentes à liminar constante do Código de Processo Civil, na medida em que com estas forem compatíveis.

Nesse ponto, também dando força ao entendimento de que a liminar pode ser concedida sem pedido da parte e pode também ser cassada depois que o juiz estiver iluminado com outros elementos de convicção, trago o ensinamento do culto e jovem Procurador Regional da República Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, do Rio Grande do Norte. Diz ele que a medida liminar é um momento cautelar dentro da ação de mandado de segurança;

assim, em princípio, pode o juiz alterar a sua decisão: não tendo concedido a medida, concedê-la; ou, tendo concedido, revogá-la na circunstância de diante dos mesmos autos chegar à conclusão de que

errou, diante de novas alegações ou provas alterar a sua convicção da sentença.

Ao lado desse aspecto cautelar, temos a contribuição do professor Vicente Grecco Filho destacando também o aspecto da concessão de medida liminar em face do art. 273 do Código de Processo Civil, que instituiu a tutela antecipada. Certamente esse será um filão a ser longamente desenvolvido pela doutrina, a partir de agora. Quero deixar claro que do desenvolvimento desse raciocínio concluo que, presentes os requisitos legais, impõe-se sempre a concessão da medida liminar. Por que estou insistindo nesse aspecto? Por um ponto que vai ser abordado em seguida. A liminar deve ser vista como um direito subjetivo da parte; esse ponto foi acentuado num recurso especial do Superior Tribunal de Justiça, relator o Ministro Luís Vicente Cernicchiaro, que diz:

A decisão - recurso especial, mandado de segurança e liminar - que concede liminar é vinculada no sentido de não restar dependente da vontade do magistrado, pois constitui direito público subjetivo do impetrante.

Existe a tese contrária no sentido de que seria uma mera discricionariedade do juiz. Inexiste, então, essa mera discricionariedade; estando presentes os requisitos legais, é dever do juiz e deve ser cumprido ainda que não tenha havido um pedido específico da parte nesse sentido. O professor Hugo Machado, inclusive, citando Cretella Júnior e Sérgio Sahione Fadel, chega a dizer que essa liminar pode ser concedida até num sentido mais amplo que o pedido, e aqui o ponto onde queria chegar, um aspecto que vem sendo muito discutido nos tribunais quanto ao cabimento de agravo de instrumento, quando da denegação de liminar. Uma parte da jurisprudência tem entendido que em sendo um ato discricionário não cabe agravo de instrumento. A meu ver, diversos estudiosos trataram muito bem dessa matéria, mas quero destacar um estudo feito pelo eminente processualista José Carlos Barbosa Moreira na Revista *Juris*, nº 60, em que ele lembra que no trato dessa matéria tem

havido uma descaracterização do ato como simples decisão interlocutória, dizendo que a concessão da liminar é um mero despacho, e foi nesse sentido que decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais num acórdão que ele cita. Mas na verdade, como bem argumenta o mestre, conceder ou denegar é ato decisório, não se limita o juiz a dar mero provimento ao andamento do processo. Um outro argumento que se coloca nesse sentido é quanto à atribuição de natureza discricionária. Além dos argumentos de autoridades que citei da jurisprudência, quero lembrar a objeção que faz o professor Barbosa Moreira quando diz que nem há verdadeira discricção e nem se houvesse ficaria afastada a controlabilidade dessa decisão. É aquela necessidade de distinção que foi muito bem feita na aula inaugural pelo Dr. Hugo Machado, quando mostrou a necessidade de distinguir discricionariade judicial quando, por exemplo, a lei faculta perdoar o autor de receptação culposa desde que seja primário - art. 180, § 3º, do Código Penal - ou quando permite que se determine a maneira pela qual será cumprida a obrigação de prestar alimentos em dinheiro, desconto em folha; é discricionariade judicial; por outro lado, há a presença dos chamados conceitos jurídicos indeterminados. Ou seja, o legislador usa expressões que são envolvidas de certa largueza e nem por isso fica o juiz autorizado a agir com inteira liberdade; o que vai acontecer é uma flexibilidade num momento intelectual para aferir a presença daqueles parâmetros, mas quanto ao momento volitivo, na verdade, não existe nenhuma liberdade; uma vez que o juiz intelectivamente viu presentes aquelas situações, ele necessariamente deve, então, outorgar, que aliás não é um bom termo, como disseram aqui, mas deve reconhecer que é caso de deferimento da medida. E conclui assim:

Assim, constitui erro gravíssimo supor que decisões discricionárias sejam *ipso facto* insuscetíveis de impugnação; discricção que não se submete a controle, converte-se em arbítrio. A opção do juiz por esta ou aquela situação de certo se inspira em valorações filosóficas, políticas, sociais, culturais que têm muito de subjetivas, não é razão para que se tornem incontroláveis, e ainda que alguém insista na tese

da discricionariedade, mesmo assim não seria caso de se entender de outro modo.

Concessão de liminar subordinada a depósito. Isso tem sido muito comum em matéria tributária. O Tribunal Regional da 5ª Região, através de sua corregedoria, quando era então corregedor o Juiz Hugo Machado, acentuou bem este aspecto de que a realização de depósito é um direito subjetivo do contribuinte; a faculdade que o assiste está no Código Tributário Nacional e não precisa se amparar em medida liminar. Estando presentes os requisitos legais, deve o juiz conceder a liminar; o que ele não pode, porém, é dizer que concede subordinada à presença do requisito, porque não está dizendo nada. Outro ponto que me parece relevante é a maneira como são proferidas as liminares; o juiz diz: "Estando presentes os requisitos legais, concedo a liminar". Na verdade não está dizendo nada porque está se limitando a repetir as palavras da lei quando é dever do administrador motivar seu ato, porque as pessoas têm direito de saber por que foi concedido o benefício, por que o benefício foi negado, a fim de que através de recursos possam reexaminar aquela matéria ou até se submeter pelos argumentos que lhes foram apresentados.

A matéria da suspensão da liminar tem sido bastante debatida e relembro a lição de que não basta argüir, é preciso que esteja devidamente demonstrada a presença daquelas situações de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Lamentavelmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal criou uma outra figura chamada grave lesão à ordem administrativa. De certo modo, com a reverência devida, essa decisão contribui para desprestigiar a dignidade constitucional que tem o mandado de segurança.

Queria apenas dar um ligeiro toque sobre a questão do mandado de segurança contra ato judicial, aqui lembrada pelo professor

Vicente Grecco Filho, que diz que através da nova feição, da nova roupagem que teve o agravo de instrumento, ele contribuiria para a diminuição de mandado de segurança contra atos judiciais. Digo que isso já está ocorrendo, para nossa alegria. Houve uma redução muito grande do número de mandados de segurança contra atos judiciais e, quanto à tese no sentido de que ao examinar o agravo, deve o juiz não só lhes dar efeito suspensivo, mas, quando for o caso, antecipar o pedido do agravo; essa matéria hoje é pacífica no Tribunal Regional da 5ª Região e foi, talvez de um modo pioneiro, tratada em um trabalho publicado pelo meu eminente colega Juiz Hugo Machado, que abordou com maestria este tema, mostrando que não só o juiz deve suspender, mas estando presentes os requisitos e tendo o juiz negado, deve ser de imediato deferida aquela postulação. Essa nova feição do agravo de instrumento efetivamente tem permitido remediar situações em que antes se demandava a impetração do mandado de segurança. Sobre o mandado de segurança contra ato judicial, vou referir um pouco a minha experiência. Eu ingressei na justiça federal em 1976 e na Primeira Instância fiquei até 1989; nestes 13 anos me lembro de um mandado de segurança contra um ato judicial meu, e eu costumo dizer que são dois - para não errar, que pode haver algum que eu tenha esquecido - mas no Tribunal, já como relator, devo ter respondido a mais de trinta ou quarenta mandados de segurança contra atos judiciais; e o número de mandado de segurança contra atos judiciais no Tribunal da 5ª Região, não sei exatamente como está agora, era mais de 50 mil; esta era a situação, e que realmente veio a ser corrigida. Os nossos aplausos, então, aos autores dessa modificação no Código de Processo Civil que trouxe uma grande colaboração para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário.

Agradeço a atenção de todos.